

# ZH\_OBERGERICHT SB110440 vom 8. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB110440](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110440)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB110440 du 8 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT SB110440 del 8 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

...

### E. 2

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ gegen Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. Wiederkehr, Anklägerin und Appellatin betreffend gewerbsmässiger Diebstahl etc. und Widerruf Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom 1. Dezember 2010 (DG100019)

- 2 - Anklage: Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 15. September 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 28). Urteil der Vorinstanz: 1.a) ... 1.b) ... 2.a) Der Angeklagte 2 ist schuldig – des mehrfachen Diebstahlversuches im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 StGB (ND 31 und ND 32) – des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 StGB (ND 54, ND 55, ND 56, ND 58 - 71) – der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB (ND 31, ND 32, ND 54, ND 55, ND 56, ND 58 - ND 71) – des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB (ND 31, ND 32, ND 54, ND 55, ND 56, ND 58 - 71) – der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 lit. a AuG und im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (ND 73). 2.b) Vom Vorwurf des gewerbsmässigen Diebstahls, des Hausfriedensbruches und der Sachbeschädigung hinsichtlich ND 34a und ND 57 wird der Angeklagte 2 freigesprochen.

### E. 3

Vom Vorwurf des bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 3 Abs. 2 StGB werden die Angeklagten freigesprochen.

- 3 -

### E. 4

Vom Vorwurf der Sachbeschädigung mit grossem Schaden im Sinne von Art. 144 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 StGB werden die Angeklagten freigesprochen. 5.a) ... 5.b) ... 6.a) Der Angeklagte 2 wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 322 Tage durch Haft bzw. vorzeitigen Strafantritt erstanden sind. 6.b) Die Freiheitsstrafe des Angeklagten 2 wird vollzogen.

### E. 7

Auf die Schadenersatzbegehren der Geschädigten 5 (B. \_\_\_\_\_), 30 (C. \_\_\_\_\_), 31 (D. \_\_\_\_\_), 38 (E. \_\_\_\_\_) sowie auf die Genugtuungsbegehren des Geschädigten 5 (B. \_\_\_\_\_) und der Geschädigten 31 (D. \_\_\_\_\_) wird nicht eingetreten.

## **E. 8**

...

## **E. 9**

Die Geschädigten 13 (F. \_\_\_\_\_), 17 (G. \_\_\_\_\_) und 39 (H. \_\_\_\_\_; ND 41) werden mit ihren Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

## **E. 10**

Der Geschädigte 18 (I. \_\_\_\_\_) wird mit seinem Schadenersatzbegehren gegenüber dem Angeklagten 2 auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

## **E. 11**

Es wird vorgemerkt, dass der Angeklagte 2 das Schadenersatzbegehren des Geschädigten 11 (J. \_\_\_\_\_) dem Grundsatz nach anerkannt hat. Für die Festlegung der Höhe wird der Geschädigte 11 mit seinem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

## **E. 12**

Die Angeklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet: – der Geschädigten 39 (H. \_\_\_\_\_ AG; ND 60) Schadenersatz in der Höhe von Fr. 11'583.40 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Geschädigte

- 4 - mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen. – dem Geschädigten 16 (K. \_\_\_\_\_) Schadenersatz in der Höhe von Fr. 200.00 zu bezahlen.

## **E. 13**

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 8'000.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 7'409.00 Kosten Kantonspolizei (HD act. 21); Fr. 14'705.00 amtl. Verteidigungskosten Angeklagter 1 Fr. 23'618.35 amtl. Verteidigungskosten Angeklagter 2 Diese Kosten werden den Angeklagten 1 und 2 unter Berücksichtigung der eingestellten Verfahren und der Teilfreisprüche unter solidarischer Haftung je zu einem Viertel auferlegt.

## **E. 14**

... Beschluss der Vorinstanz: Auf den Vorwurf des Hausfriedensbruches sowie der Sachbeschädigung hinsichtlich ND 57 wird nicht eingetreten. Weiterer Beschluss der Vorinstanz: 1. ... 2. Die gegen den Angeklagten 2 mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Februar 2007 ausgefallte Freiheitsstrafe von 26 Monaten wird hinsichtlich des bedingt aufgeschobenen Anteils von 13 Monaten widerrufen und dieser Strafteil vollzogen, unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft.

- 5 - Weiterer Beschluss der Vorinstanz: Die mit Verfügung vom 15. September 2010 durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis beschlagnahmten Gegenstände gemäss HD act. 7/10-12 werden eingezogen und bei der Gerichtskasse während einem Jahr ab Rechtskraft zuhanden von rechtmässigen Eigentümern aufbewahrt. Anschliessend werden sie der Kasse des Bezirksgerichtes Horgen zur Verwertung bzw. Vernichtung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Gerichts- und Untersuchungskosten gemäss vorstehendem Urteil, Dispositiv-Ziffern 13 und 14 verwendet. Berufungsanträge: a) des Verteidigers des Angeklagten: (Urk. 75 S. 2) 1. Es sei Ziffer 6 des angefochtenen Urteilsdispositivs des Bezirksgerichtes Horgen vom 1. Dezember 2010 wie folgt abzuändern: "6.a) Der Angeklagte 2 wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, wovon 663

Tage durch Haft bzw. vorzeitigen Strafantritt (Stand: 8. November 2011) erstanden sind." 2. Es sei Ziffer 2 des mitangefochtenen Beschlusses des Bezirksgerichts Horgen vom 1. Dezember (S. 63 des angefochtenen Urteils) wie folgt abzuändern: "2. Von einem Widerruf der gegen den Angeklagten 2 mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 ausgefallten Freiheitsstrafe wird hinsichtlich des bedingt aufgeschobenen Anteils von 13 Monaten abgesehen. Stattdessen sei die ausgesprochene Probezeit um zwei Jahre auf fünf Jahre zu verlängern."

- 6 - 3. Der Gefangene ist infolge zwischenzeitlich vollständiger Verbüßung der von der Verteidigung beantragten Freiheitsstrafe umgehend aus dem Strafvollzug zu entlassen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz. b) der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis: (Urk. 65) Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt: I. 1. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom

## E. 15

Januar 2006 mit Urteil vom 7. Februar 2007 widerrufen und über die Bildung einer Gesamtstrafe in die damals ausgefallt Strafe einbezogen. Es ist daher nachfolgend von einer Vorstrafe in der Einzahl die Rede. Wie der Verteidiger bemerkt, wirkt sich die Vorstrafe des Angeklagten über die Legalprognose auch auf den Entscheid über den Vollzug der neuen und den Widerruf des bedingten Teils der letzten Strafe aus (Urk. 62 S. 7), was eine Folge des Umstandes ist, dass er während laufender Probezeit delinquierte. Der Entscheid über diese Fragen ist jedoch von der Strafzumessung zu trennen und der Einfluss des früheren deliktischen Verhaltens des Angeklagten damit nicht abgolgten. Seit dem Wegfall des Strafschärfungsgrundes des Rückfalls im Zuge der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs sind Vorstrafen im Rahmen des Vor-

- 13 - lebens zu würdigen (Urk. 62 S. 7 ff.). Es mag aus kriminologischer Sicht zutreffen, dass eine vorbestrafte Person ein grösseres Risiko aufweist, kriminell zu werden, als jemand, der noch nie straffällig wurde. Unser Strafrecht beruht jedoch auf der Grundannahme, dass der Mensch über die Fähigkeit verfügt, das Unrecht einer Tat zu erkennen (Einsichtsfähigkeit) und danach zu handeln (Steuerungsfähigkeit), was im Begriff der Schuldfähigkeit zum Ausdruck kommt. Sind diese Fähigkeiten nicht gegeben, fehlt die Schuldfähigkeit (vgl. Art. 19 StGB), was bei haltlosen, antriebs- und willensschwachen, in ihrer Persönlichkeit gestörten Menschen - so werden Rückfalltäter in der Lehre beschrieben (vgl. die Zitate bei Wiprächtiger, Basler Kommentar, Art. 47 StGB N 105) - der Fall sein dürfte. Vorbehältlich solch pathologischer Fälle, die allerdings nicht verallgemeinert werden können, ist die von der Verteidigung zitierte Lehrmeinung jedoch abzulehnen, wonach das Verschulden eines Wiederholungstäters geringer erscheine, weil es für ihn schwieriger sei rechtstreu zu bleiben als für einen Ersttäter (vgl. Urk. 62 S. 8 m.H. auf Trechsel/Affolter-Eijsten, Art. 47 StGB N 31). Aufgrund der allgemein-menschlichen Fähigkeit, aus Fehlern zu lernen, sollte es einem Vorbestraften vielmehr leichter fallen, einen Rückfall zu vermeiden. Die Vorstrafe des Angeklagten ist daher strafferhöhend zu berücksichtigen. Diese Auswirkung ist allerdings nicht so massiv wie im Urteil der Vorinstanz (Urk. 68 S. 42 lit. b), da der für die Strafzumessung vor allem wesentliche Umstand, dass es sich um eine einschlägige Vorstrafe handelt, bereits in die Beurteilung des subjektiven Tatverschuldens eingeflossen ist und dort zur Qualifikation des subjektiven Tatverschuldens des Angeklagten als erheblich beigetragen hat. Der Umstand, dass der Angeklagte heute von seiner in M.\_\_\_\_\_ lebenden Familie getrennt ist (Urk. 62 S. 10), ist

darauf zurückzuführen, dass er wiederholt als Kriminaltourist in die Schweiz einreiste, hier Delikte beging und dabei erwischt wurde. Dies stellt keine besondere Strafeempfänglichkeit dar, die strafmildernd zu berücksichtigen wäre. Die Befürchtung, seine Familie werde ohne ihn verelenden (vgl. Urk. 62 S. 10 ff.), erscheint angesichts ihrer Wohnsituation bei seinen Eltern überzogen. Die schwierige wirtschaftliche Situation in M.\_\_\_\_\_, die der Angeklag-

- 14 - te ausser in diesem Zusammenhang auch als Tatmotiv anführt (Urk. 62 S. 10; Urk. 75 S. 5 ff.), hat keinen Einfluss auf die Strafzumessung. Das grundsätzlich kooperative Nachtatverhalten des Angeklagten ist strafmildernd zu berücksichtigen, was sich allerdings nur geringfügig auswirkt und die mit dem Rückfall verbundene Straferhöhung nicht zu kompensieren vermag, so dass es im Ergebnis zu einer Straferhöhung um zwei Monate kommt. 7. Die Einsatzstrafe von 18 Monaten erhöht sich somit um insgesamt sechs Monate. Der Angeklagte ist demnach zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu verurteilen. Daran ist die bis heute verbüsste Haft anzurechnen (Art. 51 StGB). III. 1. Da der Angeklagte am 7. Februar 2007 zu einer Freiheitsstrafe von 26 Monaten verurteilt worden war, ist die Gewährung des bedingten Vollzugs der mit diesem Urteil ausgefallten Strafe nur möglich, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Die Vorinstanz erkannte zurecht, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, und verweigerte dem Angeklagten den bedingten Aufschub des Vollzugs seiner Strafe (Urk. 68 S. 47 E. 7.4). Dieser Entscheid, der vom Angeklagten akzeptiert wird (Urk. 62 S. 11), ist zu bestätigen. 2. Der Angeklagte wurde von der Vorinstanz wegen Delikten verurteilt, die er in der Zeit zwischen dem 15. Januar 2009 und dem 14. Januar 2010 beging. Er verletzte damit die Probezeit von drei Jahren, die ihm mit dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 für den bedingten Teil der damals ausgefallten Strafe angesetzt worden war. Es ist daher zu prüfen, ob die Gewährung des teils bedingten Vollzugs zu widerrufen ist, was davon abhängt, ob zu erwarten ist, dass der Angeklagte weitere Straftaten begeht (Art. 46 Abs. 1 StGB). Aus der einschlägigen Vorstrafe des Angeklagten schloss die Vorinstanz zurecht auf eine gewisse Unbelehrbarkeit, an der anscheinend auch die Erfahrung des Strafvollzugs nichts geändert habe (Urk. 68 S. 47 E. 7.4). Der Auffassung der Verteidigung, wonach der Angeklagte durch die Dauer der Haft während des vorlie-

- 15 - genden Verfahrens genügend abgeschreckt worden sei, um sich in Zukunft wohl zu verhalten und nicht mehr deliktisch in Erscheinung zu treten, so dass es als Ersatzmassnahme für einen Widerruf genüge, die Probezeit zu verlängern (Urk. 62 S. 13), kann angesichts des Verhaltens des Angeklagten nach seiner letzten Entlassung aus dem Strafvollzug nicht gefolgt werden: Auch damals hatte der Angeklagte einen Teil der Strafe verbüsst, während ein anderer Teil bedingt aufgeschoben worden war. Er stand damit genau vor der von seinem Verteidiger anvisierten Situation, was ihn jedoch anscheinend wenig beeindruckte und insbesondere nicht davon abhielt, während laufender Probezeit wieder in die Schweiz einzureisen und einschlägig zu delinquieren (Urk. 68 S. 49 E. 8.7). Aufgrund seiner Taten und Worte in der Vergangenheit kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Angeklagte in dieser Situation heute anders verhalten würde. Seine Reuebekundungen und Beteuerungen, er werde nach seiner Entlassung zu seiner Familie in den M.\_\_\_\_\_ zurückkehren und dort bleiben (Prot. I S. 11 und S. 27; Prot. II. S. 11), vermögen die aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit bestehenden Bedenken nicht zu zerstreuen und sind zudem bereits aus dem letzten Verfahren bekannt (vgl. Beizugsakten des Bezirksgerichts Zürich, Verfahren DG060554, Prot. S. 5 und 24), was

ihre Überzeugungskraft zusätzlich mindert. Es ist demnach zu befürchten, dass der Vollzug der neuen Strafe nicht genügt, um den Angeklagten von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten. Diese schlechte Legalprognose hat zur Folge, dass der im Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Februar 2007 gewährte Aufschub des Vollzugs der Hälfte der damals ausgefallenen Freiheitsstrafe von 26 Monaten zu widerrufen und der Vollzug dieses Strafteils anzuordnen ist. IV. Der Angeklagte dringt mit einem seiner Anträge (betreffend Strafzumessung) durch, während er mit dem anderen (betreffend Widerruf) unterliegt. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu fünf Achteln dem Angeklagten aufzuerlegen und zu drei Achteln auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a

- 16 - StPO/ZH). Für das Berufungsverfahren ist dem Angeklagten sodann eine (reduzierte) Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– für anwaltliche Verteidigung zuzusprechen. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.